

著作権法附則一四条と演奏権の及ぶ範囲

——法的思考の素材として——

齊藤 博

目次

- 一 問題の所在
- 二 演奏権制限規定の迂回
 - 一 録音物の伴奏による「歌唱」と演奏権
 - 二 録音物の「再生」と演奏権
- 三 立法者の意図
 - 一 ベルヌ条約ブラッセル改正条約への加入

二 立法過程

三 限定的例外的な制限

四 目的論的判断

一 他の法命題との間の意味連関

二 附則一四条の性格

(一) 例外規定

(二) 附則

(三) 経過措置

三 施行令附則三条の規定への包摂

五 法の欠缺とその補充

一 欠缺の認識

二 原理による補充

六 結び

一 問題の所在

新しい機器なり記録媒体の開発・普及は、著作物をはじめ実演、レコード等の利用形態をも大きく変容させ、これ

に應じて、著作権の内容に新たな権利を加えるなど、著作権法も、ときには大規模に、ときには小刻みに改正がなされてきた。古くは、著作物が電波を介してラジオで受信できるようになるや、著作権の内容に放送権が加えられ、近年においても、データベースのオンライン伝送につき、新たに有線送信権を、また、レコードを業としてレンタルに供する者が出現するや、新たに貸与権が設けられるというように、時代の新旧を問わず、著作物やレコードなどの新たな利用形態に合わせて、著作権法を見直す作業が繰り返されてきた。その際、立法者の脳裏からつねに離れなかったことは、著作物等を保護することと著作物等の利用を確保することとの間に適正な調整を施すことであつた。著作物等を、その新たな利用形態に合わせて木目細かく保護しようとする一方、著作物等を利用する途を閉ざすことなく、広く一般の者が著作物等にアクセスできる途を用意しなければならなかつた。その際の手法として、通常、著作者等のために新たな権利を設ける傍ら、利用者の立場にも思いを致し、その権利を制限する規定を設けることがなされてきた。

立法者のこのような姿勢は妥当であるが、これですべてが解決されるわけではなかつた。著作権法の関わる諸事象はつねに動き、新たに設けられた規定にしても、立法者の手を離れるや否や、さまざまな事象に対峙することを迫られる。ましてや、立法後すでに長い年月を経ている規定となると、立法時には想定されなかつた新たな事象にも向かい合うことになり、制定法と具体的事象の間の緊張関係が多々見られるようになる。とりわけ著作権法の領域のように、新しいテクノロジーがもたらすさまざまな事象への対応を迫られるところでは、その種の緊張関係の生ずる可能性は極めて高い。本来、このような緊張関係の存するところでは、法命題の及ぶ範囲を探るべく、法命題に含まれる個々の法概念につき、その内包外延を新たに見出だし、ときには、法の欠缺を認識し、その補充を吟味するなど、法

学方法論を踏まえた論議が高まるはずであるが、著作権法の場合、つねに小刻みの法改正がなされていることもあって、その種の緊張関係は認識されつつも、これを法学方法論を駆使して既存の法命題の解釈なり適用の面で解消することにはさ程の関心が示されてこなかった。そのことは、訴訟の数にも表れている。このところ、訴訟の数が増えてきたとはいえ、未だ訴訟のチャネルを用いて権利の救済を求めることが頻繁に行われているとまではいえず、法的問題はまずは行政機関に持ち込まれ、法改正により解決する方法が好んで用いられてきた。

そういう中で、著作権の一内容である演奏権を制限する規定をめぐる争いが訴訟のチャネルに持ち込まれ、最高裁の判断（最一小判昭和六三年三月一五日）も示されるに至った。それは、制定法と事実の間の緊張を、立法論によつてではなく、まずは現行法の枠内で解きほぐす工夫なり論議の必要なことを示してくれた。それは、演奏権を制限する著作権法附則一四條の規定と、このところ広く行われるに至ったカラオケ録音物の利用の間に存する緊張関係に関わるものである。

本稿で扱う「附則一四條」、より正確には、「著作権法附則第一四條」の規定は昭和四五年における著作権法の全面改正に際し、当時の利益状態を急激に変えることを避けるべく設けられた経過措置の一つである。すなわち、附則一四條は

「適法に録音された音楽の著作物の演奏の再生については、放送又は有線送信に該当するもの及び営利を目的として音楽の著作物を使用する事業で政令で定めるものにおいて行われるものを除き、当分の間、旧法第三十條第一項第八号及び第二項並びに同項に係る旧法第三十九條の規定は、なおその効力を有する。」と定める。

ここで、旧法の規定が示されているが、そのうち、三〇條二項及び三九條は著作物の利用に際し「出所ヲ明示」す

ることを求める規定で、当分の間、出所を明示すれば三〇条一項八号の行為は偽作（著作権侵害）とみなさないとするものである。この旧法三〇条一項八号とは、

「音ヲ機械的ニ複製スルノ用ニ供スル機器ニ著作物ノ適法ニ写調セラレタルモノヲ興行又ハ放送ノ用ニ供スルコト」で、

何とも窮屈な表現であるが、音の媒体（音ヲ機械的ニ複製スルノ用ニ供スル機器）に著作物が適法に収録されている（写調セラレタル）レコードなり録音物は興行又は放送に利用することができるといふもので、音楽の著作物につき演奏権の射程範囲に限り付けがなされ、録音物を自由に（無許諾無償で）再生できる範囲を残しているのである。もう一つ、さきの附則一四条中の「政令で定める」事業については、著作権法施行令附則三条が三つのものを示す。すなわち、

- 一 喫茶店その他客に飲食をさせる営業で、客に音楽を鑑賞させることを営業の内容とする旨を広告し、又は客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの
 - 二 キャバレー、ナイトクラブ、ダンスホールその他フロアにおいて客にダンスをさせる営業
 - 三 音楽を伴って行われる演劇、演芸、舞踊その他の芸能を観客に見せる事業
- である。

ここで、演奏権を定め、これを制限する規定を併せ設けることを記号を用いて表示すれば、

A (演奏権) — a (演奏権の制限) = 演奏権の及ぶ範囲

となる。ところが、本稿で扱う附則一四条による演奏権の制限はそう単純ではない。すなわち、

著作権法附則一四条と演奏権の及ぶ範囲

A (演奏権) — {a (演奏権の制限) — (A' (放送、有線送信による利用) + A'' (施行令附則3条の定める事業))} = 演奏権の及ぶ範囲

となる。演奏権を制限する規定aの中に、さらにその制限に該当しないA'及びA''がはめ込まれている。さらに施行令附則三条が三つの「事業」を示しているので、A'はA''₁、A''₂、A''₃となり、これをさきの式に入れると、

A — {a — (A' + A''₁ + A''₂ + A''₃)} = 演奏権の及ぶ範囲

ということになる。このように、権利を制限する規定の中にさらにその制限規定を適用しない場合を列挙するという、附則一四条の書き方は、権利制限規定(例外規定)の解釈、適用を複雑にする一方、法学方法論上の興味をそそる課題を提供することになる。なお、著作権法上、「演奏」には、著作物の「歌唱」はもちろん(二条一項一六号)、著作物の演奏を録音したもの(録音物)の再生も含まれる(二条七項)。

ところで、音楽の録音物は、天然樹脂、塩化ビニール、磁気テープ、CDなど、その媒体を変えてきた。録音物を再生する形態のほうも多様化してきた。そのような中で、右附則一四条の規定がどこまで妥当するのか。それは録音物の新たな利用形態には妥当しないのか。録音物の再生には依然として演奏権が及ばないとすれば、カラオケのように、その再生を伴う「歌唱」、それも、客の「歌唱」のほうには演奏権が及ぶのかという具合に、演奏権——カラオケの場合には、録音物による演奏(録音物の再生)と歌唱による演奏——の及ぶ範囲をめぐって、徐々に問題が顕在化してきた。そして、同時に、関係権利者は行政機関に対しては、附則一四条の撤廃を求めると、録音物の再生をめぐる問題は長きにわたって懸案事項の一つとされてきた。「カラオケ問題」である。

もとより、本稿は、「カラオケ問題」そのものを扱うものではなく、制定法と事実の間に生ずる緊張関係をどう見詰

め、これを解消するにはどのような筋道があるかを探ろうとするもので、法的思考の一端を、この「カラオケ問題」を素材に述べようとするものである。

二 演奏権制限規定の迂回

一 録音物の伴奏による「歌唱」と演奏権

カラオケ装置を社交場、宴会場などが使用するようになるにつれ、カラオケ伴奏による「歌唱」が著作物の演奏に該当するか否かの争いが顕在化してきた。それは、音楽の録音物を「再生」する行為でなく、その種の再生に合わせて「歌唱」する行為に焦点を合わせた論議であった。

すでに昭和四五年八月、日本音楽著作権協会と大阪のキャバレー事業者の間で、同年一〇月には、同協会と鹿児島クラブ事業者との間で、いずれもカラオケ演奏使用料の支払を内容とする和解が成立、昭和五五年一月には、右協会は、ステージ設備を持ち、一五〇平米を超える広さの大規模宴会場を有する旅館、ホテル事業者についての許諾業務及び使用料徴収業務を開始し、ここにカラオケ装置の使用と演奏権の問題はひとまず一つのルールが示されることになった。

ところが、昭和五八年に入るや、新たな段階を迎える。同年二月、熊本、福岡の旅館事業者の一部から日本音楽著

著作権協会に対し、法的な疑義と管理の不均衡に関し問題の提起がなされ、熊本弁護士会から弁護士法二三条の二に基づき、文化庁文化部著作権課に照会がなされる。すなわち、客が旅館においてカラオケ装置を利用して歌唱する場合、旅館は音楽著作物の使用料を支払わなければならないか否かにつき、監督官庁である文化庁は著作権法を如何に解釈し、音楽著作権協会を指導しているのかというものであり、同年三月、著作権課がこれに回答すると、五月には、再度、右弁護士会より著作権課に対し、音楽著作権協会の作成した実施基準の妥当性、著作物の利用主体についての照会がなされ、翌六月には、著作権課がこれに回答している。そこには、「文化庁の見解に沿った実施基準により実施される場合には、現行著作権法上においても演奏権（著作権法第二二条）の行使として契約業務を行い得るものであると解する」などの見解が示されていた。

その一方、昭和五九年に入るや、音楽の著作物を利用する事業者から成る中央の団体も動き出し、全国環境衛生同業組合中央会、全国社交環境衛生同業組合連合会などがこの「カラオケ問題」に取り組む姿勢を示すに至る。

このように、カラオケ装置の使用と演奏権をめぐることは、行政機関の法解釈が示された後もなお問題がくすぶる間、この問題に関する裁判例も示される。福岡高判昭和五九年七月五日「クラブ・キャッツアイ事件」（判時一一二二二号一五三頁）は、「店舗にカラオケを設置してこれを管理し、……店の雰囲気をつくり、客の来集をはかつて利益をあげることを意図していると認められるから、ホステス等の歌唱はもちろん、客の歌唱を含めて演奏の主体性は店側にあり、かつ営利を目的とし、公衆の面前で演奏しているものと認めるのが相当」として、カラオケ伴奏による「歌唱」について演奏権が及ぶとしている。

その間、日本音楽著作権協会は全国環境衛生同業組合中央会との間で話し合いを続けた後、カラオケ伴奏による「歌

唱」に対し使用料を徴収できるよう、昭和六一年六月、使用料規程の一部を変更することにつき文化庁長官に認可を申請、同年八月、その認可を得るに至っている。

さきの高裁判決に対して上告もなされるが、最高裁第三小法廷昭和六三年三月一五日判決（昭和五九年才第一二〇四号音楽著作権侵害差止等請求事件民集四二卷三号一九九頁）は、多数意見に従い、カラオケの伴奏による客の歌唱にも演奏権が及ぶ旨の判断を示した。

二 録音物の「再生」と演奏権

カラオケ装置の使用がどうしてこのようなかたちで争われるのか。日本音楽著作権協会の使用料規程にしても、裁判例にしても、カラオケ装置の使用なり録音物の「再生」ではなく、どうして「歌唱」のほうに力点を置くのか。この一見して、不自然に思える対応こそ、特定の場合を除き、当分の間、録音物による演奏は自由とする著作権法附則一四條の適用を避けようとした結果に他ならない。それは、音楽録音物の「再生」に演奏権が及ぶか否かの論議を棚上げにした対応であり、制定法と事実の間に存する緊張関係を解消するものではなかった。

この附則一四條は、適法に録音された音楽の著作物を録音物によつて演奏することについては、放送又は有線送信に該当するもの及び営利を目的として音楽の著作物を使用する事業で政令で定めるものにおいて行われるものを除き、当分の間、旧法三〇條一項八号及び二項並びに同項に係る旧法三九條の規定が、なおその効力を有する旨定めている。そして、右の旧法三〇條一項八号こそ、録音物を「興行又ハ放送ノ用ニ供スルコト」であり、旧法下においては、右の行為は出所を明示する限り「偽作」とはみなさないといい制度で、旧法下においても論議を集めたものである。

さすがに、昭和四五年の全面改正に際しては、「放送」や新たに出現した「有線送信」をはじめ、「営利を目的として音楽の著作物を使用する事業で政令で定めるもの」については、その種の自由利用の制度を廃止した。その一方、その制度を廃止するに際し、当時の社会的諸状況を考え、旧来の制度を一部存続させることにし、しかも、「政令で定めるものにおいて行われるものを除き」なお自由利用を認めようとした。そこで、カラオケ装置による録音物の再生など、当時の立法者の表象の外にあつたものは「政令で定め」られてはならずもなく、なお旧法の規定が効力を有するようにも解され、実務においても、カラオケ装置の使用について、録音物の再生そのものに演奏権が及ぶとする論理を避け、カラオケ装置を用いた「歌唱」のほうに演奏権を及ぼそうと考えるようになった。

その間、日本音楽著作権協会のほうも立法による解決を主張する。すなわち、昭和五八年五月、文化庁長官に対し、「著作権法附則第一四条の撤廃または同法施行令附則第三条の改正についての要望」をする。まずは、附則一四条の撤廃を求め、それが困難な場合には、暫定措置として、令附則三条に、「バーその他客に飲食させる営業又はホテル、旅館その他客に宴会をさせる営業で、伴奏設備を設けて音楽を利用するもの」など、四つの営業または事業を追加するように求めている。

録音物の「再生」につき演奏権を制限する附則一四条の規定を迂回する筋道を考え、あるいは、問題の解決を直ちに規定の廃止に結びつけるところには、「法的論議」を尽くそうとする意欲を感じることができない。

三 立法者の意図

一 ベルヌ条約ブラッセル改正条約への加入

附則一四条の規定はカラオケ装置の使用という新たな事象にどのように適用できるのか。その射程範囲はどこまでか。この点を吟味するに際して、まずは、このような規定を設けた立法者の意図を探ることからはじめよう。

立法者がまず意図したことは、著作者の権利の保護を厚くし、わが著作権法制を国際的な保護の水準にまで引き上げることであった。その意図は、あるいは著作権の保護期間が延長されることにより、あるいは本稿の主題である演奏権の保護が強化されることなどによって、すでに現行の著作権法制の中で実現されている。

録音物による演奏（録音物の再生）を自由に行いうるとする旧法下の制度は、国際的にも悪評を受けた程に演奏権を大幅に制限するものであっただけに、わが著作権法制をベルヌ条約ブラッセル改正条約の水準に引き上げるには、演奏権を抑えるその種の制度を廃止し、演奏権を全面的に保護する必要があった。著作者はその著作物につき演奏権を専有する旨の規定（二二条）が設けられ、同時に、営利を目的としない演奏は無許諾・無償で行いうる旨、演奏権を制限する規定（三八条）も設けられた。

右のように、演奏権を保護し、営利を目的としない演奏については権利を制限することにはしたものの、事はそれだけでは終わらなかった。改正時におけるレコード使用の実情に注目し、急激な変動を避けるべく、経過措置として、

権利を依然として制限する旨の附則一四条の規定が加えられることになった。そこには、著作物利用団体からの強い意見表明があった。すなわち、全国観光社交事業連盟、全国喫茶組合連合会、全国興行環境衛生同業組合連合会などから成る著作権使用者団体協議会は、昭和四十一年の著作権制度審議会の答申に対して、当時の三〇条一項八号の存置を求め、同年に公表された「著作権及び隣接権に関する法律草案（文部省文化局試案）」に対しても、全国喫茶業環境衛生同業組合連合会をはじめ飲食業者一八団体が連名にて、同じく三〇条一項八号の存置を求めている。立法者としては、レコードに収められた音楽の著作物を無許諾・無償で演奏できるとする規定は努めて廃止したいところであつたろうが、それまで自由に行われてきたレコード利用の実態を無視するわけにもいかず、ついに、昭和四四年に閣議決定のなされた著作権法案には、経過措置として附則一四条が設けられるに至つたのである。従来の規定（旧法三〇条一項八号）を廃止した際の社会的影響を合わせ考えたとき、右のような経過措置を採らざるをえなかつたのであろう。

二 立法過程

新たに法案に付け加えられたこの附則一四条の規定は、第六一回国会衆・参両院の文教委員会においても論議の焦点となつた。たとえ経過措置としての例外とはいえ、国際的な保護の水準を下回ることを敢えてなそうというのであるから、さまざまな意見が表明され、これらに対し法案の提出者側は繰り返しその趣旨を説明しなければならなかつた。

昭和四四年六月四日の衆議院文教委員会において、安達健二政府委員（文化庁次長）は次のように説明する。「日本

のように非常に多数の喫茶店がございまして、そこで音楽が広範に使われておるといふような国はあまりないわけ
ございまして、そういうような国柄に依りて、そういうところに当分の間レコードの二次使用権を認めないといふこ
ともこれまたわが国の実情からやむを得ないことであろう、こういうことでございまして」と。六月一日の衆議院文
教委員会においては、中川善之助参考人（著作権制度審議会会長）も「日本ではレコードで音楽を流すといふよう
なことは、小さい店でも、うどん屋でもパチンコ屋でも何でもやつておる。そういう自由利用の慣行が非常に広ま
つておるわけです。そこで問題は、著作権使用料をこれからみんな取るようにするか、そうしたら商売が立つてい
かないものもあるんじゃないかといふようないろいろな問題がございまして、このレコードの演奏及び放送といふのは、結
局政令でもつてその範囲をきめる。どういふものはお金を払え、普通のそこら辺の小さい喫茶店とかパチンコ屋程
度のものは著作権使用料を払わないといふような方向で政令にこゝはまかせたといへばあれであります、逃げた
といふような形になつております」と述べる。

このような説明にも表されているように、わが立法者の考えは、当時において比較的小規模に経営する喫茶店等
におけるレコードの演奏についてはそれまで通り自由に行いうることにしようとするものであつた。

附則一四条が録音物の再生につき演奏権を制限すること、国内の小さな喫茶店等の利益は確保できるとしても、
演奏権の保護を国際的な水準、すなわち、ベルヌ条約ブラッセル改正条約の求める水準にまで引き上げる作業との関
連はどう説明できるであろうか。立法者としては、さきのような経過措置により演奏権の制限を一部残しながらも、
わが法制をブラッセル改正条約の水準にまで引き上げ、ブラッセル改正条約に加入しようとする意欲はなお保持する
姿勢を示す。

昭和四五年三月二〇日の第六三回国会衆議院文教委員会において、今日出海政府委員（文化庁長官）が「ヨーロッパ人は日本のそういう実情をよく知らないのでありますから、これは私は大いに日本のこの喫茶店のあり方というよなものとの説明も、外務省を通じたり、あるいは著作権のあちらの当局にも話したりして、いろいろこれは折衝を要する問題であろうかと思うのです」と述べる⁶一方、すでに昭和四四年六月六日の第六一回国会衆議院文教委員会において、安達健二政府委員（文化庁次長）も、「ただ今後の問題といたしまして、たとえばそういう日本の特殊事情で小さな喫茶店等について権利を及ぼさなくても、おおむねその著作物の利用が広範に行なわれ、放送あるいは直接営利を目的とするところ等においての権利が及ぶならば、それでもって諸外国の権利者としてもよかるうではないかというような国際的な関係等が考えられるならば、あるいはブラッセル改正条約に加入することも可能であろう、こういうような点もございしますので、現段階においては困難であるけれども、なお検討したい、こういうふうに申し上げたわけでございます」と論じている⁷。そこには、演奏権を及ぼさない範囲を、限定的に、小さな喫茶店等におけるレコード演奏という、当時に存した特殊なものに限るならば、何とか国際著作権界の理解も得られるであろうという期待がにじみ出ている。

三 限定的例外的な制限

このようにして、昭和四五年の著作権法に附則一四条が設けられることになったが、いよいよわが国がベルヌ条約ブラッセル改正条約に加入しようとする段になり、この附則一四条の規定は再び論議の対象になる。昭和四九年五月二二日の衆議院外務委員会において、伊達宗起政府委員（外務省条約局外務参事官）が「現在の国内著作権法はブラッ

セル条約と何らそこを生じるようなものではないというふうに考えて御承認を仰ぐ次第であります」と外務省側の見解を述べれば、安達健二政府委員（文化庁長官）も「新しい著作権法におきましては録音物によるところの演奏権というものを全面的、本質的にこれを認める、こういう体制になったわけでございまして、附則一四條はそういう本質的なものを採用した上におきましていわば周辺のなようなもの、つまり直接営利に結びつかないようなレコードの使用につきましてはこれは当分の間著作権の対象にしない、こういう考え方をとったわけでございます」と、文化庁側の見解を示す。

いずれにしても、附則一四條による演奏権の制限はブラッセル改正条約に加入するに際しても支障となるものではないというのである。右のように立法者の意図を概観する限り、そこには、附則一四條の規定は、当時に存した特殊な事情、それもわが国固有ともいえる小さな喫茶店等における録音物による演奏（録音物の再生）は自由に行いうることにしようという配慮を看取でき、同時に、音楽を不可欠の要素としない事業というように、国際著作権界にも理解が得られそうな小規模な演奏につき、極めて限定したかたちで演奏権を制限しようとした意図を読み取ることができさる。

四 目的論的判断

一 他の法命題との間の意味連関

立法者の意図を探る中で附則一四条の適用範囲、射程範囲をひとまず画することができよう。しかし、附則一四条のように、録音物による演奏につき、政令で定める事業を「除き」自由に行いうるかたちで、演奏権の及ぶ場合のほうを列挙し、その他の場合には演奏権を制限するかのような、あたかも原則と例外を逆にしたような規定の仕方をしていることを合わせ考えるとき、別途、もう一つ、立法者の意図を前提としつつ、同条の規定そのものを、論理の整合性をも重んじつつ、客観的に解釈する中から、その射程範囲を画することも考えなければならぬ。それは、附則一四条の性格を吟味する中から目的論的な判断の要素を探ることであるが、まずは、同条が著作権法の中で占める位置を確かめる作業からはじめよう。

附則一四条の規定を吟味する際まず留意しなければならないことは、この規定が著作権法の他の法命題（条文）との間に存する意味連関である。複数の法命題を有する制定法の場合、諸命題は法の目的なり制度の意味するところに従い、ときには制限し合い、ときには補充し合い、ときには強め合つて、総体として整合性を保っているはずである。附則一四条にしても、著作権法の中でそれ自体とくに突出した規定ではない。著作権法は、その二二一条により、著作者にその著作物を公に演奏するにつき排他的な権利（演奏権）を与える際、著作物を利用する側の利益を合わせ考え、

営利を目的としない演奏については法三八条により、そして、営利を目的とする録音物の再生についても一定の場合に、限定的例外的に、附則一四條によつて、その演奏権を制限しようとした。それらの法命題が、個別的にはなく、総体として、演奏権保護の制度を支えていると解することができよう。演奏権を一般的に保護する二二条を主軸に、営利を目的としない演奏については演奏権を制限する旨の三八条、加えて、録音物による演奏についてはとくに演奏権を及ばさない旨の附則一四條を配した中には、相互の意味連関を認めることができる。

二 附則一四條の性格

(一) 例外規定

演奏権を全面的に保護しようとすることに對して、この附則一四條は演奏権の及ばない範圍を例外として定めていゝる。同條のみを取り出してみると、放送、有線送信、政令で定める事業を「除き」なお旧法の規定（録音物による演奏は自由に行いうる）が効力を有するとしているため、あたかも演奏の自由のほうが原則で、演奏権の及ぶ場合のほうは例外であるかのようなのであるが、著作権法中の他の法命題をも合わせ考えるとき、附則一四條は例外として演奏権の及ばない場合を定めたものと解さざるをえない。

附則一四條は演奏権を例外的に制限する規定である。さきに示したように、

$$A - \{a - (A' + A''_1 + A''_2 + A''_3)\} = \text{演奏権の及ぶ範圍}$$

というとき、附則一四條は「 $\{$ 」の中の問題にすぎず、それは、 A （演奏権）を例外的に制限するものであるにすぎ

ない。にも拘わらず、 A_1 、 A_2 、 A_3 の中の A_1 、 A_2 、 A_3 を固定したものとすれば、録音物の利用形態が広がるにつれて、さきの式の一の中のものが高くなり、形式的には録音物による演奏を自由に行いうる範囲を広く認めることになってしまおう。しかし、附則一四条は演奏権の保護を定めた二二条に対して例外規定であるにとどまる。立法者がベルヌ条約ブラッセル改正条約への加入の途を模索し、同条約の求める水準を確保しようとしていたことから推しても、他のベルヌ同盟国への説明上、演奏権の制限があくまでも特殊日本的なもので、限定的例外的なものでなければならなかつたし、その位置付けは今も変わらない。

(二) 附 則

附則一四条が録音物による演奏につき例外的に演奏権を制限する規定であることに加え、さらに注目しなければならぬことは、同条が著作権法の「附則」として設けられていることである。通常、演奏権などの権利を制限しようとする際、本則の中に、たとえば、権利を保護する規定中、但書において、あるいは、権利を制限する規定を別途設けるかたちでなされようが、録音物による演奏については演奏権を制限する旨の規定が「附則」の中に設けられている。ここに、録音物による演奏に対する権利の制限が極めて例外性の高いものであることを見る。

(三) 経過措置

もう一つ言及しなければならないことは、附則一四条が経過措置を定めていることである。同条による演奏権の制限は、法改正による急激な変革を避けるため、昭和四五年の当時において小さな喫茶店等で広く行われていたレコードの自由利用を「経過措置」として維持したものである。そうであるとすれば、立法に際して歴史的立法者(起草者)

が目の当たりにしていた社会的諸状況が同条の射程範囲を画する際の前提となる。すなわち、演奏権を制限するにしても、立法当時に広く行われていた喫茶店等でのレコードの使用が前提になっているのはもちろん、演奏権の及ぶ事業を政令で定めるにしても、施行令附則三条の定める各号の事業はいずれも立法時に存したものであるにすぎない。経過措置としての附則一四條の機能は、当時に存した特定の、ときには特殊日本的な、極めて限定した諸状況に急激な変動をもたらすことがないように、例外的に演奏権を制限しようとしたのであり、それ以上の機能を同条に期待することは難しいように思う。

三 施行令附則三条の規定への包摂

このように考えてくると、カラオケ録音物の再生に演奏権を及ぼすことへの実質的な理由は整っているように思う。しかしながら、それが論理的要件を充たしうるか否かを吟味する作業が残る。その際、立法後に生じた新たな事象にはもはや附則一四條の規定は適用できないというのか。それとも、同条の解釈によりなお同条を適用する余地があるのか。すなわち、令附則三条の定める「事業」の中にカラオケ録音物の再生を包摂する余地はあるのか。とりわけより包括的な文言を有する同条一号へのはめ込みの可否を吟味することはどうか。

令附則三条一号の「事業^{A)}」すなわち「喫茶店その他客に飲食させる営業で、客に音楽を鑑賞させることを営業の内容とする旨を広告し、又は客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの」の中にカラオケ録音物による演奏を包摂することは形式的にはできそうもない。しかし、同号に包摂できる「事業^{A)}」の範囲を広げる余地はな

いのか。その余地はなお存するように思う。附則一四条の目的なり意図に照らして、「事業A」の拡大を試みる事ができる。同号のキーワードである「鑑賞」の意味内容に注目する方法である。音楽の鑑賞というと、通常、演奏された音楽を静かに受ける行為と解されてきたが、受け手が自らの動きを加えながら録音物の再生（演奏）に接することを「鑑賞」と解する途もありえよう。同号の特別の設備（カラオケ装置）の傍らで歌いながら音楽の著作物を鑑賞することもありえよう。それは、歴史的立法者の表象した「鑑賞」からは外れるが、規定の目的には沿うものであり、何とか目的論的な解釈の枠内に含めることができよう。

「鑑賞」概念についてはすでに染野教授が注目し、「音楽を鑑賞するという人間の行為は、たんに音楽に聞き入るだけではなく、自らの身体全体をもってそれを『味わう』形式も含み、「歌唱」も伴奏音楽の「鑑賞」である旨論する⁽¹⁰⁾。このお考えは、通常の解釈により令附則三条一号の「事業A」の中にカラオケ録音物の再生を包摂できるとするものであるが、「経過措置」として列挙された「事業」を広げるには、「鑑賞」概念の単純な操作（解釈）ではなく、目的論的判断の裏打ちが必要であろう。

このように、令附則三条の定める「概念」を広げ、これにカラオケ装置による演奏を包摂することにより、演奏権の及ぶ範囲を広げる考え方がある。

なお、一般に、例外規定は努めて厳格に解釈することが求められる。法文上、「……の場合に」演奏権を制限するところとき、「……の場合」を広げて解することは厳に謹まなければならない。ところが、附則一四条はというと、それも例外規定であるが、そこでは、「……の場合を除き」演奏権を制限する旨定めている。例外規定がさらに例外を定め

ているのであるから、その例外規定の中の例外部分、前述の記号を用いれば、 A''_1 、 A''_2 、 A''_3 は「原則」（演奏権の保護）となり、この「原則」部分を解釈によって広げることは「例外」の適用範囲を広げることではない。

五 法の欠缺とその補充

一 欠缺の認識

目的論的判断により、しかし、解釈の枠内で、令附則三条の「事業」を広げ、そこへ包摂することによって演奏権の及ぶ範囲を広げる途のほか、その種の法的努力をあきらめ、カラオケ録音物による演奏を「事業」のいずれにも該らないとしながらも、なお録音物の再生に演奏権を及ぼす論理があらうか。

ここでは、まず、カラオケ録音物の再生が令附則三条の「事業」のいずれにも該らない旨を認めるところから出発する。その種の再生は新たな利用形態、新たな事業であり、それについては規定が設けられていない旨考える。そして、そのような規定の欠如が果たして法の欠缺に該るのかどうかを吟味することになる。

まずは、規定が欠如しているのか。演奏権を制限する規定、すなわち、附則一四条の規定があり、一見してこれがカラオケ録音物による演奏（録音物の再生）にも適用できそうなき果たして規定が欠如しているのか。

A—{a—A'—(A''₁+A''₂+A''₃)}

のうち、カラオケ録音物のような録音物の新たな利用形態が令附則三条の定めるA''₁、A''₂、A''₃のいずれにも該らないとすれば、{a—A'—(A''₁+A''₂+A''₃)}の解(演奏権を制限するもの)の中に録音物の新たな利用形態が含まれることになる。その限りでは規定の欠如を論じえないことになる。果たしてそうであろうか。

ここでも、目的論的判断が求められる。すなわち、形式論理に照らせば録音物の新たな利用形態にも適用できるときであつても、その適用がかえつて著作権法の目的に反するような事態を生ぜしめることにならないかどうかを吟味する必要がある。そして、新たな事象が、ラレンツの説く「語義の上からは規定に含まれるとしても、その適用領域が立法者の制得意図に反する仕方では拡大されることになる新しい事実が出現した場合」⁽¹⁾に該るときには、制定法の機械的な適用は慎まなければならないであろう。そこには、適用すべき規定の欠如を見る。

わが著作権法における演奏権の制限にしても、特殊日本的な事情を考え、限定的例外的に権利を制限したはずの規定が、録音物の新たな利用形態にも適用され、無許諾・無償で利用できる範囲を広げているとすれば、それは、自由利用(演奏)の範囲を画する規定の欠如であり、あるべき規定の欠如という点で、法の欠缺といえよう。立法の時点では立法者の表象の外にあつた事実が後に至つて生じたという点で、それは事後的欠缺に属するものである。

なお、欠缺の認識そのものはずで「解釈」の次元からはじまるように思う。具体的事象に直接対応すべき法命題が見当たらないとき、まず規定の欠如を認識する。しかし、この段階では、なお「解釈」による解決を模索する余地があり、「解釈」で収まりがついたときは、そもそも規定の欠如はなかつたことになり、欠缺の認識も仮性のものであつたことになる。もちろん、「解釈」の次元であつても、法の不十分な部分を補おうとする限り、すでに法創造がなされ

ていることになる。とりわけ目的論的解釈には法創造の側面を多分に見ることができ、後述のような、「解釈」を超えた欠缺補充の法創造機能と、質の面では違いがないように思う。現に両者は法適用者の意識の中では同一線上にあり、外からは解釈、欠缺補充のいずれの方法を用いているかを俄かには識別できないときがある。

二 原理による補充

録音物による演奏（録音物の再生）を自由に行いうる範囲が広がることにつき、その範囲を画する規定が欠けているとすれば、その欠缺を補充する作業がなされることになる。半田教授は、「店にカラオケ装置を設け、客がこれを利用して公衆に聞かせるために歌唱を行いうるよう準備していることは、客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの』に類する行為に該当」し、「営利を目的として施行令附則三条の事業において適法に録音された音楽著作物の演奏を再生する行為」に当たると論ずる。⁽¹²⁾ さきの最三小判昭和六三年三月一五日に際して、伊藤裁判官は、「カラオケ装置は、カラオケテープを再生することにより客がこれを伴奏として公衆に直接聞かせるべく歌唱するための特別の設備であるから、かかる予定のもとにスナック等にカラオケ装置を設置することは、右にいう『客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの』そのものに当たるといふことはできないとしても、これに準ずるものとして、営利目的のカラオケ装置によるカラオケテープの再生については著作権法附則一四條による旧著作権法三〇條一項第八号の規定は働かないものと解するのが相当である。」との意見（少数意見）を論ずる。⁽¹³⁾ これらの論述の中で、「類する」とか、「準ずる」と説くところから推して、欠缺補充のための類推適用なり勿論解釈がなされているのであろう。

通常、欠缺の補充は、「法意」、「立法趣旨」、「規定の精神」などに照らしてなされている。欠缺補充が積極的な法創造であるだけに、その尺度は吟味を要するところである。そこにあつては、歴史的立法者の意図を探るのみでなく、著作権法の目的、現行の諸規定を貫き、その奥にある原理に照らして、規定の欠けた部分を補うことになる。

この種の作業には、すでに述べた立法者の意図や目的論的解釈に際しての諸要素も視野に収める必要がある。すなわち、昭和四五年の立法に際して、ベルヌ条約ブラッセル改正条約への加入、その前作業としての保護水準の引き上げ、録音物を再生する事業への急激な変動を回避するための限定的例外的な権利制限、附則一四條の位置付けとその性格はいずれも欠缺補充の作業においても重要な機能を果たす。それらが規定の奥にある原理を導き出す際の重要な手掛かりとなるからである。現に、制定法の適用者は、それらの要素を手際よく整理して一つの原理を導き出している。前述のように、伊藤裁判官は、附則一四條や令附則三條につき、「音楽の提供が直接収益に結びつかない事業に限って旧著作権法の規定を当分の間適用することとした」との認識を示す⁽¹⁴⁾。ここでは、音楽の提供が「直接」収益に結び付く事業には演奏権が及ぶ旨の原理を認めることができる。当然のことながら、立法者の意識の中にもその種の原理は存しているはずである。法改正時に文化庁において起草の任に当たった加戸著作権課長は、令附則三條を書くに際して、「当時の認識としては、音楽を主たる営業の目的としているかどうかという視点がかなり強かつたのです」と論ずる⁽¹⁵⁾。ここにおいても、「音楽を主たる営業の要素」とする事業には演奏権が及ぶとする原理を導き出すことができる。もちろん、立法者の考えは原理導出の有力な要素であるが、まずは、目の前にしている現行の規定の中から一つの原理を導き出さなければならぬ。その際、附則一四條中の「政令で定める事業」、すなわち、演奏権の制限規定が及ばないものとして令附則三條に定められた「事業」が大きな手掛かりを与えてくれる。令三條には、(i)音楽喫茶

など、(ii)ダンスをさせる営業、(iii)演劇、演芸などを見せる事業と、三つの「事業」が定められているが、それらの類型を比較吟味していく中から一つの原理を導き出すことができる。それは、音楽を不可欠の要素とする事業には演奏権が及ぶとする原理である。

原理そのものは極めて単純明解である。その一方、この原理により法の欠缺を補充する具体的な作業はどうか。

一つには、さきの原理に照らし、録音物の新たな利用形態については附則一四条の規定を適用しないとする方法がある。急激な変動を避けるため限定的例外的に「附則」の中で「経過措置」として設けられた規定は、その後の新たな事象には効力を有しないとすることで、一見大胆な法創造であるが、音楽を不可欠の要素とする「新たな」事業は権利制限規定の外に位置付けるだけのことであり、これも、さきの原理を具体化する一つの手法であり、欠缺の補充に含めることができるように思う。⁽¹⁶⁾

もう一つには、附則一四条の効力を認めながら、その内容を原理に照らして補う方法がある。すでに再三示してきたように、

$$A - \{a - A' - (A''_1 + A''_2 + A''_3)\} = \text{演奏権の及ぶ範囲}$$

というとき、令附則三条の定める「事業」 A''_1 、 A''_2 、 A''_3 に A''_4 、 A''_5 というように、新たな「事業」を加えることによって附則一四条を蘇生させ、適用し続けることができる。そもそも附則に書かれた経過措置をそのような法的努力を加えてまで適用する意義があるのかとの疑問も生じえようが、法学方法論の視点から考えようとする本稿であつてみれば、規定の奥にある原理によつて規定の欠如を補う手法の模索は興味を覚えるところである。音楽を不可欠の要素とする

營業なり事業 A_1^0, A_2^0 が新たに起こされるとすれば、それに応じて、

$$A - \{a - A' - (A_1'' + A_2'' + A_3'' + A_4'' + A_5'')\}$$

の式を成立させることができる。

いずれにせよ、「同じものは同じく扱う」ことが法の志向する正義の理念であつてみれば、原理に照らして令附則三条の定める「事業」と同質の事業が新たに出現したときには、これらの事業をも等しく扱わなければならないところである。

六 結 び

演奏権を制限する著作権法附則一四条を法学方法論上の関心から考えてきた。その規定が単なる権利制限規定でなく、制限規定の中に制限を受けない場合が列挙されるという錯綜した構成を採っていることは、単純な解釈の手法というよりも、目的論的解釈や欠缺の補充といった方法を駆使する余地を大きくしている。しかも、その制限規定そのものが明らかに立法時の具体的な事情を前提とした限定的例外的なもので、「附則」に「経過措置」として設けられているということは、法学方法論を駆使する際の重要な指針となる。最も興味を覚えるのは、これだけ条件の揃った事例においてさえ、わが権利者が附則一四条の適用につき真正面から取り組むことをせず、「法的論議」を避けているこ

とである。カラオケ録音物の利用にしても、明らかに録音物の「再生」が主題であるべきところ、録音物を用いた「歌唱」に論点をずらせて取り組む辺りわびしささえ覚えるところである。

たしかに、録音物の「再生」に力点を置くとなれば、目的論的解釈なり欠缺の補充といった方法を駆使しなければならず、その種の主張がつねに功を奏するとは限らない。「歌唱」という附則一四条を迂回するテクニクを用いるほうが安全というのであろうが、法的問題を正面から論議して欲しい思いもする。このことは、録音物の再生に限らず著作権法上の他の問題についてもいえよう。この種の特別法においては、冒頭にも述べたように、法改正が小刻みに行われるため、実務の世界に法的思考の芽が育たないのかもしれない。¹⁷⁾

同様のことは制定法の適用者についてもいえるように思う。たしかに、目的論的解釈なり欠缺の補充を行うことは法の創造なり形成となる。しかし制定法が当初対応するはずの「事実」はつねに変遷を続ける。制定された法命題は立法の瞬間から老化をはじめ¹⁸⁾したがって、法命題の解釈が、それが単純な解釈であつても、すでに法創造の一面を占める。目的論的解釈にしても欠缺の補充にしても、単純な解釈に端を発した法創造の延長上に位置しているにすぎない。そして、制定法の語義に忠実であろうとすることは、一見法的安定性を志向しているようであるが、それがかえって制定法の目的に反するときには、目的論的解釈や欠缺補充といった目的論的判断よりもはるかに「大胆な」法創造であり、法の修正となり法的安定性を害することになることを指摘しておきたい。

注

(1) 客の歌唱につき、その利用主体が営業主であるか否かが争われる。この判決の評釈には、半田正夫：ジュリスト九一
一号二六頁、水野 武：法曹時報四一卷九号二五三頁、同：ジュリスト九一一号三一頁、染野義信：判例評論三五八号六

二頁、辰巳直彦：民商法雑誌九九卷三号四一二頁、井上由里子：著作権判例百選〔第二版〕一六頁などがあり、原審判決の評釈には、阿部浩二：ジュリスト八二一七〇頁、松尾和子：ジュリスト九二七号九九頁、半田正夫：著作権判例百選〔第一版〕二八頁、斉藤 博：法学教室五一号八八頁、などがある。

(2) 昭和九年の法改正は、レコードを積極的に保護することとした一方、その利用の確保をも考え、レコードを「興行又ハ放送」に用いる分には自由とした。

(3) 山田 晟『立法学序説 体系論の試み』五五頁以下は、廃止立法に際して、その立法過程とその社会的影響の推測を論ずる。

(4) 第六一回国会衆議院文教委員会議録二〇号四頁

(5) 第六一回国会衆議院文教委員会議録二二号一〇頁以下

(6) 第六三回国会衆議院文教委員会議録八号二頁

(7) 第六一回国会衆議院文教委員会議録二一七号七頁

(8) 第七二回国会衆議院外務委員会議録二七号一〇頁

(9) 第七二回国会衆議院外務委員会議録二七号一〇頁

(10) 染野義信：前掲判例評論三五八号六二頁（六五頁）

(11) Karl Larenz: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. neu bearbeitete Auflage 1991, S.370

(12) 半田正夫：前掲論文 ジュリスト九一一号二九頁

(13) 伊藤正己：意見民集四二卷三号二〇六頁

(14) 伊藤正己：前掲意見 民集四二卷三号二〇六頁

(15) 芥川也寸志・加戸守行・斉藤 博「鼎談 コピー文化と著作権」ジュリスト七九七号五一頁

(16) この種の場合は、欠缺の補充というより、法の修正とみることもできよう。

(17) 田中成明『法理学講義』四一九頁は、「法的思考の合理性の確保・実現」が「裁判の手続過程への両当事者の相互主体的参加の制度的保障」にも拠るところが大きい旨論するが、そもそも法の継続形成をしかと認識していないわが権利者は「裁判の手続過程」に参加する意識もさ程強くない。

(18) ドイツ民法典(BGB)二五三条が、精神的損害につき「法律に定めたる場合に限り」慰藉料を請求できる旨定める中、判例は法律に定めのない場合にも慰藉料請求を認めるに至り論議がなされたが、シュトルは「何よりも目をそらしてはならないこと」として、「裁判官の姿勢は、法典編纂から時間の隔りが大きくなればなる程法律に対して自由であり、自由でなければならない。」と述べた。H. Stoll: *Empfiecht sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag*, 1964, s.50.

